

---

# Brühler Schriften zum Familienrecht Band 4

---

HERAUSGEGEBEN VOM  
DEUTSCHEN FAMILIENGERICHTSTAG E.V.  
BRÜHL

---

---

# Sechster Deutscher Familiengerichtstag

vom 9. bis 12. Oktober 1985 in Brühl

---

Ansprachen und Referate  
Berichte und Ergebnisse der Arbeitskreise

GIESEKING-VERLAG BIELEFELD

---

# Inhalt

Vorwort . . . . .	VII
-------------------	-----

Eröffnungsansprache des Vorsitzenden des Deutschen Familiengerichtstages . . . . .	1
---	---

## Grußworte:

Hans A. Engelhard, Bundesminister der Justiz . . . . .	5
Irene Westphal, Vizebürgermeisterin der Stadt Brühl . . . . .	8

## Festvortrag:

Prof. Dr. Ernst Benda, Präsident des Bundesverfassungsgerichts i. R., Karlsruhe Recht und Realität – Zur Funktion des Familienrechts . . . . .	9
--	---

## Referate:

Josef Duss-von Werdt, Zürich Alleinschuld am Scheitern der Ehe – eine Fiktion der Juristen? . . . . .	23
Prof. Dr. Michael Coester, Göttingen Kindeswohl als Rechtsbegriff . . . . .	35
Prof. Dr. Ingo v. Münch, Hamburg Gesetzgebungskompetenz des Familienrichters? – Sozialhilfe kraft Richterrechts – . . . . .	52

## Berichte der Arbeitskreise:

1 a Erwerbsobliegenheit und angemessene Erwerbstätigkeit . . . . .	64
1 b Arbeitslosigkeit bei Unterhaltsgläubiger und -schuldner . . . . .	66
2 Der Bedarf des volljährigen Kindes . . . . .	67
3 Geltendmachung von Unterhalt aus übergegangenem Recht . . . . .	68
4 Schmälerung des Zugewinns nach der Trennung . . . . .	70
5 Einstweilige Anordnung – Segen oder Fluch der Sorgerechts- regelung? . . . . .	71
6 Die Regelung elterlicher Sorge – Kooperation mit den im Vorfeld und in der Nachsorge beteiligten Institutionen und Verbänden . . . . .	73
7 Regelungsbedarf für eine Reform des Versorgungsausgleichs? . . . . .	73
8 entfällt	
9 entfällt	

10	Unterhaltsabänderungsklagen und Gestaltung von Unterhalts- vergleichen . . . . .	75
11	Neue Billigkeitsklauseln im Unterhaltsrecht? – Kriterien und Auswirkungen – . . . . .	76
12	Bemessung des Unterhalts bei Vermögen und Vermögens- erträgen . . . . .	78
13	Die Auskunft im Zugewinnverfahren . . . . .	79
14	Sorgerecht und hergebrachte heimatliche Erziehungs- vorstellungen ausländischer Eltern . . . . .	80
15	Therapeutische Ansätze und Möglichkeiten im Sorge- und Umgangsrechtsverfahren . . . . .	82
16	Versorgungsausgleich mit Auslandsberührung in der Praxis . . . .	84
17	§ 93 a ZPO – Aufruf zur Bequemlichkeit? . . . . .	86
18	Eheverträge – Alternativen zum Unterhaltsrecht? . . . . .	87
19	Familiengerichtsverfahren – Richter und Anwälte zwischen Engagement und Resignation . . . . .	89
	Empfehlungen des 6. Deutschen Familiengerichtstages . . . . .	91
	Schlußansprache des Vorsitzenden des Deutschen Familiengerichtstages . . . . .	99

## Das Kindeswohl als Rechtsbegriff

### I. Einleitung

Es ist noch gar nicht so lange her, daß das Thema „Kindeswohl“ den Reiz des Neuartigen, Unbekannten hatte. Inzwischen ist das Rätsel zwar keineswegs gelöst, es ist aber so viel von den verschiedensten Seiten zum Kindeswohl gedacht und publiziert worden, daß es schwerfällt, noch etwas wirklich Neues zu sagen. Statt spektakulärer Gesamtentwürfe – oder auch Verwerfungen<sup>1</sup> – scheint mehr die mühsame Arbeit am Detail gefragt, etwa Probleme der Kindesanhörung, der gemeinsamen elterlichen Sorge nach Scheidung oder die heute behandelten Themen der Arbeitskreise 6, 14 und 15. Dennoch mag es förderlich sein, ab und zu den Blick von täglichen Einzelproblemen zu heben und sich der grundsätzlichen Anforderungen zu besinnen, die das Recht mit dem Begriff „Kindeswohl“ an all diejenigen stellt, die Recht zu gestalten oder anzuwenden haben. Dieser Aufgabe möchte ich mich unterziehen, wobei ich – entsprechend dem methodischen Vorgehen der Katze gegenüber dem heißen Brei – erst über einige Umfeldsondierungen zum Kern der Problematik vorstoßen werde.

### II. Die Grundfunktionen des Kindeswohls

Gewissermaßen aus der Vogelschau kann man, wie mir scheint, vier Grundfunktionen des Kindeswohlpostulats im rechtlichen Raum ausmachen, drei bezogen auf den Richter, eine auf den Gesetzgeber (ausgeklammert bleibt die Bedeutung der Kindeswohl-Bindung für die elterliche Sorgemacht, §§ 1626, 1627 BGB, oder für Verwaltungsbehörden<sup>2</sup>).

Nimmt man die Familienautonomie als verfassungsrechtliches Strukturprinzip unserer Rechtsordnung zum Ausgangspunkt, enthält der an den Richter adressierte Gesetzesbegriff „Kindeswohl“ zunächst einmal die sachliche Legitimation für die in der jeweiligen Norm eröffneten Eingriffsmöglichkeiten („**Eingriffslegitimation**“).

Die Notwendigkeit und damit Berechtigung eines Eingriffs in die Familienautonomie, wie sie etwa bei Kindesmißhandlungen offenkundig ist, besagt aber noch nichts über die positiv zu treffenden Maßnahmen: Auch insoweit herrscht das Kindeswohl, diesmal fungierend als **Entscheidungsmaßstab**<sup>3</sup>.

Würde man die Bedeutung des Kindeswohlbegriffs für den Richter auf diese beiden Funktionen beschränken, fielen möglicherweise ein wesentlicher

Aspekt der richterlichen Verantwortung unter den Tisch. Nicht nur der Einstieg in die Entscheidung wie auch ihr sachlicher Inhalt (das „Ob“ und das „Was“) sind dem Kindeswohl verpflichtet, sondern auch das diesbezügliche *procedere*, das „Wie“ der Entscheidungsfindung, -begründung und ggf. -durchsetzung. Das steht so zwar nicht generalklauselartig-übergreifend im Verfahrensrecht, ergibt sich aber zwanglos aus der systematischen Geschlossenheit des Rechts. In dieser – dritten – Funktion erscheint das Kindeswohl als **Verfahrensrichtlinie**.

In seiner vierten Funktion schließlich wendet sich der Kindeswohlgrundsatz an den Gesetzgeber. Dieser ist an die verfassungsmäßige Ordnung gebunden (Art. 20 III GG), und zu ihr gehört die überwachende Mitverantwortung des Staates für die Pflege und Erziehung der Kinder (Art. 6 II GG)<sup>4</sup>. Hieraus folgt die Pflicht des Gesetzgebers, auf genereller Ebene das Erforderliche zu tun, also kindeswohlgerechte Normen und organisatorische Strukturen bereitzustellen für den Fall, daß der Staat als *parens patriae* neben oder an die Stelle der primär verantwortlichen Eltern treten muß. Dies impliziert die Pflicht des Gesetzgebers zur Überprüfung und ggf. Änderung des generellen Regelungsansatzes, wenn sich dieser als verbesserungsbedürftig erweisen sollte. Insgesamt bezeichnet das „Kindeswohl“ insoweit einen **rechtspolitischen Gestaltungsauftrag** an den Gesetzgeber.

Nach Vorstellung dieser vier Grundfunktionen des Kindeswohls dient es vielleicht der weiteren Klärung, auch einmal zu sagen, was der Kindeswohlbegriff **nicht** bedeutet. Vor zwei Jahren hat *Fthenakis* an dieser Stelle bewußt provokativ den Satz formuliert: „Das Kindeswohl wird nicht schon dadurch verwirklicht, daß der Richter die richtige Entscheidung trifft“<sup>5</sup>. Folgerichtig postulierte er eine Senkung der richterlichen Verantwortung für das Kindeswohl auf ein „realistisches Anspruchsniveau“<sup>6</sup>. Eine solche Senkung ist nicht notwendig, weil der Kindeswohlbegriff keine unrealistischen Anforderungen an den Richter heranträgt. Man sollte dem Gesetz nicht unterstellen, es fordere Unerfüllbares<sup>7</sup>. So kann es von vornherein nur Aufgabe des Richters sein, eine – wie auch immer zu definierende – „richtige Entscheidung“ zu treffen, die **Verwirklichung** des Kindeswohls (oder auch der „am wenigsten schädlichen Alternative“) liegt außerhalb seines Einflußbereiches. Er kann allenfalls seine Entscheidung durchsetzen. Deren Funktion ist es aber nur, diejenigen rechtlichen Rahmenbedingungen zu schaffen, die es den Eltern oder wenigstens einem Elternteil (der Vormund bleibt hier außer acht) **ermöglichen**, den Kindesinteressen im täglichen Leben – soweit dies den Umständen nach noch möglich ist – hinreichend gerecht zu werden. Die Verantwortung für die **Verwirklichung** des Kindeswohls fällt also auf die Eltern zurück. Der Richter wird in die Familie als Konfliktshelfer nur kurz „eingeblenet“, Kontakt und Einwirkungsmöglichkeiten gewinnt er nur zum Zwecke der vorerwähnten „richtigen Entscheidung“. Sein anschließender „Rückzug“ aus der Familie ist funktionsbedingt vorprogrammiert – ein, wie es

scheint, für die Beteiligten manchmal frustrierender oder enttäuschender Vorgang<sup>8</sup>.

Im folgenden möchte ich nun die vorgestellten Funktionen des Kindeswohlbegriffs etwas verdeutlichen. Der zeitliche Rahmen zwingt mich dabei zu extremer Kürze, nur der Konkretisierung des Kindeswohls als Entscheidungsmaßstab soll etwas intensiveres Augenmerk zuteil werden.

### III. Eingriffslegitimation

Die Notwendigkeit der Legitimierung staatlicher Eingriffe in die Familie wurde eingangs mit der verfassungsrechtlich geschützten Familienautonomie begründet. Dies darf nun nicht so gesehen werden, daß sich vor die staatliche Wahrung des Kindeswohls eine Eingriffsbarriere schöbe, bei deren Nichterreichung eigentlich schutzbedürftige Kindesinteressen dem Elternrecht geopfert würden. Vielmehr gibt es auch interventionsfeindliche *Kindesinteressen*, wie überhaupt das Kind gleichberechtigter und gleichermaßen interessierter Mitträger des familiären Autonomieanspruchs ist<sup>9</sup>. Nicht Kindeswohl versus Elternrecht lautet also die Fragestellung im Einzelfall, sondern ob die konkrete oder auch situationsbedingt typische Gefährdung kindlicher Interessen diese allgemeine Interessenposition von Eltern **und** Kind zu verdrängen geeignet ist.

Die Eingriffsproblematik ist jedem offenkundig im Bereich des § 1666 BGB sowie verwandter Vorschriften. Sie ist weniger offenkundig im Scheidungszusammenhang, wo sie im Rahmen des § 1671 BGB vom Gesetzgeber unreflektiert unterstellt wird. Zwar ist die staatliche Eingriffs- oder zumindest Kontrollbefugnis im Ergebnis auch hier zu bejahen, selbst wenn ein übereinstimmender Elternvorschlag bezüglich der Sorgerechtsregelung vorliegt<sup>10</sup>; bei etwas mehr Sensibilität für den Eingriffsaspekt hätte sich der Gesetzgeber aber das Verdikt des Bundesverfassungsgerichts zum gemeinsamen Sorgerecht nach Scheidung<sup>11</sup> ersparen können. Beim **Umgangsrecht** nach § 1634 BGB war das Problembewußtsein demgegenüber seit jeher vorhanden, nur unterlag die richterliche Einschätzung der Eingriffsschranke starken Schwankungen. Zunächst wurde sie mit Blick auf das verbliebene Elternrecht des nichtsorgeberechtigten Elternteils sehr hoch angesetzt<sup>12</sup>; unter dem Einfluß einschlägiger Kindeswohlinterventionen von *Goldstein/Freud/Solnit*<sup>13</sup> sowie im Inland vor allem von *Lempp*<sup>14</sup> schrumpfte die Eingriffshürde erheblich, man hielt sogar gezielte Umgangsvereitelungen durch die sorgeberechtigte Mutter, also den Eingriff ins Umgangsrecht durch Selbsthilfe, für letztlich entschuldbar<sup>15</sup>. Oder man ließ, wie dies kürzlich im klaren Norden geschah, für einen Ausschluß des Umgangsrechts genügen, daß die zweite Ehefrau des umgangsberechtigten Vaters sich übersinnliche Erkenntniskräfte beimaß – eine Konkretisierung der daraus folgenden Kindesgefährdung bei den Besuchen hielt man für entbehrlich<sup>16</sup>. Neuerdings, im Gefolge wissenschaftlicher

Erkenntnisse über die Bedeutung auch des nichtsorgeberechtigten Elternteils für das Kind in der Nach-Scheidungsphase<sup>17</sup>, bahnt sich eine erneute Umbewertung an, gleichzeitig eine wesentliche Sichtveränderung: Elternrecht steht nicht mehr grundsätzlich gegen Kindeswohl, sondern koinzidiert mit ihm; die Kindesinteressen gestatten nicht nur den Umgang, sie fordern ihn geradezu. Selbst *Lempp* überraschte kürzlich mit der Forderung nach einem Umgangsrecht des Kindes<sup>18</sup>. Daß diese Sicht eine völlige Neuorientierung hinsichtlich der Einschränkung oder Ausschließbarkeit des Umgangs erfordert, liegt auf der Hand.

Darauf hinzuweisen ist, daß das Kindeswohl als Eingriffslegitimation Handlungsmöglichkeiten des Staates nicht nur einfach eröffnet, sondern auch die Intensität des zulässigen Eindringens in den Privatbereich bestimmt. Der Eingriffsaspekt begleitet die Kindeswohlprüfung also auch dort, wo es um die Gewinnung sachlicher Entscheidungsmaßstäbe im Einzelfall geht. Am Maßstab des Kindeswohls **beurteilen** läßt sich das gesamte Familienleben, bis in kleinste Dinge hinein. Nur würde die Objektivität und Akzeptabilität der Beurteilung zunehmend fraglich. Ob aber das Gericht am Maßstab des Kindeswohls die Familiensituation und die Beteiligten beurteilen und ggf. eingreifen **darf**, ist eine Frage der Abgrenzung von Privatbereich und Staat. Hier ist Sensibilität angebracht, etwa für den Fall, daß einer der Beteiligten die psychologische Begutachtung für seine Person verweigert, möglicherweise auch die Begutachtung für das Kind<sup>19</sup>. Gleiches gilt für Persönlichkeitsbeurteilungen der Eltern. Eröffnet das Kindeswohl hier wirklich den unbegrenzten Zugang zur Bewertung und Abwägung menschlicher Qualitäten der Betroffenen?<sup>20</sup> Um hier Grenzen zu ziehen, bedürfte es eigentlich nicht erst des Hinweises auf die fehlende Fachkompetenz des Richters – ein Hauptthema des demnächst erscheinenden dritten Buches von *Goldstein/Freud/Solnit*.

#### IV. Verfahrensrichtlinie

Zur Funktion des Kindeswohlbegriffs als Verfahrensrichtlinie ist auf das allgemeine Verhältnis von Verfahrensrecht und materiellem Recht hinzuweisen. Ersteres hat nicht als einziges, aber als Hauptziel die Verwirklichung des materiellen Rechts<sup>21</sup>. Hieraus folgt, daß Maßnahmen der Entscheidungsfindung, -begründung oder -durchsetzung zumindest nicht im Widerspruch stehen dürfen zu der materiellrechtlich vorgegebenen Aufgabe, für die Interessen des Kindes die umständebedingt bestmögliche Lösung zu finden<sup>21a</sup>. Kurz gesagt: Die richterliche Intervention soll in einer kritischen Familiensituation stabilisierend, möglicherweise befriedend wirken und nicht das ihre beitragen zur Verschärfung des Konflikts und zur Belastung des Kindes. Es gilt nicht die *Maxime*: „*Fiat justitia, et pereat infans*“, was bezüglich der Durchsetzung von sorge- oder umgangsrechtlichen Entscheidungen inzwischen allgemein anerkannt ist<sup>22</sup>. Konsequenzen ergeben sich aber auch



beispielsweise bei der Frage, wie und wie oft ein Kind anzuhören ist oder ob ein Sachverständigengutachten einzuholen ist: Der durch letzteres bedingte sichere Zeitverlust, in der Regel ein kindesschädlicher Faktor, ist abzuwägen gegen den zu erwartenden Ertrag = Erkenntnisgewinn. Hat etwa ein Scheidungskind zu beiden Eltern eine tragfähige Beziehung, so stände bei einem psychologischen Gutachten über die „stärkere Bindung“ dem erheblichen Zeitverlust und der Belastung der Beteiligten eine so geringe Ertrags Hoffnung gegenüber (wie ich gleich noch näher ausführen werde), daß die Einholung des Gutachtens schon aus diesem Grund kaum als sachdienlich angesehen werden kann. Kindeswohl und Ermittlungsgrundsatz des § 12 FGG fließen hier nahtlos ineinander<sup>23</sup>.

Aber auch bei Abfassung der **Entscheidungsbegründung** ist die Kindeswohlmaxime von Bedeutung. Es wurde zuvor gesagt, daß die **Verwirklichung** des Kindeswohls nach der Entscheidung primär Sache der Eltern und nicht mehr des Richters ist. Bei der Entscheidung und ihrer Begründung hat der Richter zu beachten, daß die Beteiligten mit ihr **leben** müssen – Begründungswahrheit und Befriedungszweck bedürfen deshalb des Ausgleichs. Persönliche Herabsetzungen und moralisches Dozieren gehören auch unter diesem Aspekt nicht in richterliche Entscheidungen<sup>24</sup>.

## V. Entscheidungsmaßstab

### 1. Normfunktion

Die Funktion des Kindeswohlbegriffs als Entscheidungsmaßstab hat stets im Vordergrund der Diskussion gestanden, wenngleich die eigentliche Normfunktion dabei oft im Dunkeln blieb. Die bekannten Vorwürfe der Inhaltsleere und des Mangels an entscheidungsdeterminierender Wirkung<sup>25</sup> sind Ausdruck **eines** der möglichen Fehlverständnisse: Der Kindeswohlbegriff ist von vornherein kein mißratenes deskriptives Tatbestandsmerkmal, sondern offenkundig eine **Generalklausel**, die das generelle Regelungsmuster insbesondere in zwei Richtungen offenhalten will: Gegenüber den Besonderheiten des Einzelfalles und den sich wandelnden Anschauungen über die Bedürfnisse von Kindern in bestimmten Krisensituationen. Diese Offenheit erscheint legitim angesichts des noch in den Anfängen steckenden Wissens vom Kind und des Umstandes, daß das, was gerecht ist, in persönlichkeitsgeprägten Bereichen eben nur durch Ansehung der betroffenen Individuen erkannt werden kann<sup>26</sup>.

Aus der Erkenntnis des Kindeswohlbegriffs als Generalklausel ergeben sich methodische Implikationen für die Rechtsfindung, wie sie ähnlich in anderen Zusammenhängen herausgearbeitet worden sind – etwa „Treu und Glauben“, „gute Sitten“, „Verkehrssitten“<sup>27</sup>. Dort ist klar erkannt worden, daß es bei Generalklauseln nichts schlicht „anzuwenden“ oder zu subsumieren

gibt, vielmehr handelt es sich um einen **gebundenen Auftrag zur richterlichen Rechtsschöpfung für den Einzelfall**. Gebunden ist der Richter in dreifacher Weise: Neben die selbstverständliche Bindung an das positive Recht, das den Wertungsrahmen setzt und auch einzelne Konkretisierungshinweise gibt, tritt der Auftrag zur Ausschöpfung des gesamten erreichbaren Wissens über die einschlägigen Kindesbedürfnisse im allgemeinen sowie über diejenigen des betroffenen Kindes im besonderen – also Aufklärung des konkreten wie generellen Tatsachenmaterials. Bindung auf methodischer Ebene komplettiert den Gesamtauftrag, der in der Kindeswohlklausel enthalten ist; sie verpflichtet den Richter zu Objektivität und Rationalität vor allem dort, wo er dem Gesetzgeber nicht mehr „bei Fuß“ zu gehen hat, sondern sich an langer Leine oder gar ganz ohne unmittelbare Kontrolle bewegen kann (und muß).

Damit ist einem weiteren Fehlverständnis die Absage erteilt, das – die Not zur Tugend machend – durch den Kindeswohlbegriff die persönlichen Überzeugungen des Richters für berufen hält<sup>28</sup>. Gleiches gilt für Interpretationen, die nicht die Bindung übersehen, wohl aber umgekehrt die vom Gesetz positiv in Bezug genommene schöpferische Leistung des Richters als konstitutiven Teil der Normkonkretisierung. Solche Interpretationen suchen an die Stelle fehlender detaillierter Rechtsmaßstäbe bindende Kindeswohlhinhalte außerrechtlicher Provenienz zu setzen, in der Regel solche der einen oder anderen Sozialwissenschaft<sup>29</sup>. Man muß aber endgültig von der Wunschvorstellung Abschied nehmen, daß generelle Gewißheit über den Inhalt des Kindeswohls durch Rezeption eines bereitstehenden, lediglich aufzuspürenden Arsenal ausfüllender Maßstäbe der Seins- und Sollensebene erreicht werden könnte. Statt dessen könnte der gesetzliche Kindeswohlbegriff als **heuristisches Prinzip** bezeichnet werden, das gerichtet ist auf das Auffinden und wechselseitige Zuordnen von wesentlichen Seinselementen und Wertmaßstäben innerhalb des allgemeinen Rahmens des Rechts. Anders gewendet geht es für den Richter darum, das im allgemeinen bleibende vorgegebene Netz von Seinsdeutungen und Wertsetzungen fertigzuknüpfen unter den Anforderungen und im Hinblick auf den jeweiligen Einzelfall, also auch immer wieder aufs neue. Die zentrale Verantwortung und Schwierigkeit für den Richter liegt in der Herausschälung eines maßgeblichen Tatbestands aus dem Rohsachverhalt bei gleichzeitigem Aufbau eines korrespondierenden Wertsystems primär für diesen Fall. Die drei Elemente Recht, Schöpfung und Einzelfall bezeichnen das Koordinatensystem, innerhalb dessen dieser Auftrag zu verwirklichen ist, sie sind sich gegenseitig zugleich inhaltliche Leitlinie und Begrenzung<sup>30</sup>.

## 2. Außerrechtliche Kindeswohlkriterien

Obwohl das Recht nun keineswegs so wertungsleer für die Beurteilung des Kindeswohls ist, wie es auf den ersten Blick scheinen mag<sup>31</sup> – das Sorgerechts-

gesetz 1980 hat sogar einige umstrittene, unmittelbar sanktionslose Regelungen des Eltern-Kind-Verhältnisses hinzugefügt –, dennoch also ist nicht zu verkennen, daß die Wertungen des Rechts in aller Regel nicht ausreichen, um im Einzelfall eine Entscheidung unter dem Aspekt des Kindeswohls zu ermöglichen. Die Praxis greift deshalb wie selbstverständlich über den Bereich rechtlicher Kindeswohlmaßstäbe hinaus – mit vollem Recht, denn der Begriff des Kindeswohls bezieht sich unverkürzt auf die gesamte, komplexe Existenz des Kindes. Hierzu gehören neben den körperlichen Bedürfnissen vor allem auch die seelischen und emotionalen, die geistigen wie geistlichen sowie die sozialen Bedürfnisse. Daß der Kindeswohlbegriff nicht als Verweisung in positivistischem Sinne auf all diejenigen Erkenntnisse verstanden werden kann, die sich mit diesen Aspekten der kindlichen Existenz befassen, ist bereits gesagt worden. Einem solchen Verständnis stünde schon die Unkoordiniertheit, ja oft Widersprüchlichkeit der einzelnen Aussagen unterschiedlicher Herkunft entgegen. Dennoch verweist der Kindeswohlbegriff den für die Konkretisierung letztverantwortlichen Richter auf die **Beachtung** all dieser Aspekte sowie der dazu vorfindbaren Äußerungen, gewissermaßen wie auf einen Steinbruch, aus dem er sich die wertvollen Materialien zusammenzuklauben hat. Der rechtsmethodisch noch keineswegs ausgelotete Begriff einer „Berücksichtigungspflicht“, wie er in § 1671 II BGB begegnet, trifft der Sache nach das Richtige.

Statt rechtstheoretischer Höhenflüge lassen Sie uns nun ganz konkret zwei Fragen stellen: Wonach soll der Richter angesichts der Fülle außerrechtlichen Materials Ausschau halten, um Spreu von Weizen sondern zu können, und was fängt er mit einzelnen, grundsätzlich für brauchbar gefundenen Versatzstücken an?

#### a) Die grundsätzliche richterliche Verantwortung

Ausgangspunkt für die Antwort muß die klare Erkenntnis von Aufgabe und Funktion des Richters in diesem Zusammenhang sein: Er hat, um die Kindeswohlnorm mit entscheidungsleitendem Gehalt für den konkreten Sachverhalt aufzufüllen, sachliche Kindeswohlinhalte außerhalb des Rechts aufzusuchen und sie seiner **Rechtsentscheidung** zu integrieren. Daraus folgt, daß alle verwendeten Kriterien – gleich welcher Herkunft – den Ansprüchen an „Recht“ genügen müssen, eine Notwendigkeit, die wissenschaftliche Experten oft, aber zu unrecht als Diskriminierung ihres Faches oder ihrer Aussagen empfinden. Demgegenüber muß betont werden: Der sachlichen Komplexität des Kindeswohlbegriffs entspricht eine Vielzahl sich von verschiedener Seite um das Kindeswohl bemügender Disziplinen. Es gibt nicht **den** Experten für das Kindeswohl, sondern viele Experten; nur im Chor ihrer Stimmen spiegelt sich annähernd das wider, was in einer gegebenen Zeit und Gesellschaft unter „Kindeswohl“ verstanden wird. In diesem Kreis ist der

Jurist Experte für Recht; da es in unserem Zusammenhang nur um die Anwendung des **Rechts**begriffs „Kindeswohl“ geht, muß ihm insoweit – neben der Einbringung einzelner rechtlicher Kindeswohlkriterien – die Oberverantwortung dafür zukommen, daß die konkrete Entscheidung im Einzelfall, mag sie aus noch so heterogenen Bausteinen zusammengesetzt sein, insgesamt als „Recht“ passieren kann. Wir sollten, meine Damen und Herren, diesen juristischen Leistungsbeitrag nicht zu gering einschätzen; an Stelle vertrauensvoller Selbstaufgabe gegenüber den Humanwissenschaften oder umgekehrt hochmütiger Ignoranz scheint mir eine Haltung selbstbewußter Aufgeschlossenheit am wünschenswertesten.

Was folgt aus der Verantwortlichkeit des Richters gegenüber der Rechts-  
idee?

#### b) Intersubjektive Absicherung als Richtigkeitsindiz

Zur Rechtsidee gehört als wesentliches Element die Sachgerechtigkeit, d. h., Aussagen zum Kindeswohl müssen sachlich **richtig** sein. Darüber, was als richtig zu gelten hat, ist man heute unsicherer als zu manch früherer Zeit, verbindliche Orientierungsmaßstäbe wie Gesetz, Naturrecht oder andere festgefügte Wertordnungen versagen oder haben ihre Überzeugungskraft verloren. Auch die Naturwissenschaft verweigert im Bereich des Kindeswohls weitgehend jene Erkenntnissicherheit, die sie auf anderen Gebieten durch schlichte Beweisführung zu vermitteln vermag. Psychosoziale Gegebenheiten entziehen sich der unmittelbaren Anschauung und der naturwissenschaftlichen Meßbarkeit. Die Erkenntnisgewinnung kann nur indirekt erfolgen, durch Beobachtung äußerer Symptome, Vergleich mit anderen Individuen und Schlußfolgerungen in bezug auf den eigentlichen Erkenntnisgegenstand. Fakten und Naturgesetze sind so regelmäßig nicht zu erlangen, auch wenn die sichere Überzeugung von der Richtigkeit einer Aussage Wissenschaftler wie Gerichte gelegentlich zu entsprechenden Behauptungen verleitet. Die Persönlichkeit des Wissenschaftlers selbst ist notwendiges Erkenntnisinstrument, die Wertungsabhängigkeit aller wissenschaftlichen Aussagen zum psychosozialen Aspekt des Kindeswohls muß deshalb als Grundsituation dieser Wissenschaften akzeptiert werden.

Damit verwischt sich in diesem Bereich die scheinbar so klare Linie zwischen beweisbaren Fakten und legitimierungsbedürftigen Wertungen. Was wirklich „richtig“ ist, entzieht sich jedenfalls dem unmittelbaren geistigen Zugriff. Statt dessen muß mit der bescheideneren Münze des Richtigkeits- und Gerechtigkeits**konsenses** in einer gegebenen Zeit und Gesellschaft gearbeitet werden. Was viele meinen, muß nicht deshalb schon richtig sein; andererseits ist die stabilisierende Kraft des Konsenses nicht zu verkennen: Ein anerkannter Grundsatz etwa der Entwicklungspsychologie hat anderes Gewicht als die Aussage eines einzelnen Wissenschaftlers. Findet also der

Richter außerrechtliche Kindeswohlkriterien vor, so ist ihm deren konsensuale Absicherung vorrangiges Vergewisserungsmerkmal für sachliche „Richtigkeit“. Daneben bleibt ihm die eigene Kontrolle auf Schlüssigkeit von Aussagen und Begründung sowie auf Abwesenheit von offenbaren Fehlern; dabei kann die Erarbeitung eines sachlichen und methodischen Basiswissens in den für das Kindeswohl zentralen Wissenschaften die Kontrollfähigkeit des Richters und damit seine fachliche Unabhängigkeit wesentlich erhöhen<sup>32</sup>.

c) Die weitere „Operationalisierung“ außerrechtlicher Kriterien

Hat ein außerrechtliches Kriterium so die isolierte Qualitätskontrolle überstanden, bedarf es noch einer – wie man gesagt hat – „umformenden Operationalisierung“<sup>33</sup> zum Einsatz in der konkreten Rechtsentscheidung. Die einzelnen Schritte können hier nur angedeutet werden:

Zunächst erfolgt die rechtliche **Stimmigkeitskontrolle**<sup>34</sup>, d. h., außerrechtliche Kriterien müssen sich der allgemeinen Wertordnung des Rechts einpassen, sie dürfen nicht mit Rechtsgrundsätzen unvereinbar sein.

Sodann muß ein Kriterium, sofern es genereller Art ist (etwa: „Geschwister sollen beisammen bleiben“), auf seine Bedeutung gerade für das betroffene Kind überprüft werden. Im psychosozialen Bereich liegen regelmäßig nur typisierende Erfahrungssätze vor, so daß die **Individualisierung** solcher Sätze als zentrale Pflicht des Richters angesehen werden muß. Sie folgt aus dem Auftrag des Gesetzes, Einzelfallgerechtigkeit anzustreben.

Am Schluß stellt sich die Aufgabe, aus der Summe der als aussagekräftig befundenen Aspekte ein Gesamtbild „Kindeswohl“ zu formen, das Folgerungen für die zu treffende Entscheidung zuläßt. Diese **Integration** aller teils unzusammenhängenden, teils widersprüchlichen Gesichtspunkte ist ein mühevoller, nicht selten peinvoller Abwägungsprozeß. Vor allem auch hier gilt es, rational zu bleiben und dies in der Entscheidungsbegründung auch deutlich zu machen. Aller bisheriger Aufwand war vergebens, wenn an dieser Stelle mit hoheitlichem „fiat“ der gordische Knoten zerschlagen oder aber mit ganzheitlich-verschwommener Sicht eine Gefühlsentscheidung getroffen wird<sup>35</sup>.

3. Exemplarisch: Der Bindungsstreit

Lassen Sie mich einige der soeben abstrakt angesprochenen Gesichtspunkte an einem praktischen Problem verdeutlichen, das seit dem 5. Deutschen Familiengerichtstag sicherlich viele von Ihnen bewegt: Wie soll man als Jurist auf die wissenschaftliche Auseinandersetzung reagieren, die um das Bindungskonzept vor allem im Rahmen der §§ 1671, 1672 BGB bis in die jüngste Zeit stattfindet? Wer hat recht, *Lempp*<sup>36</sup> oder *Fthenakis*<sup>37</sup>?

Es würde mich freuen, im Vorangegangenen klargemacht zu haben, daß

die zweite Frage im Ansatz falsch gestellt ist. Zu entscheiden, wer recht hat, also welche Position sachlich richtig ist, fällt nicht nur aus der Kompetenz der Juristen heraus; auch innerhalb der einschlägigen Fachwissenschaften, der Kinderpsychiatrie und der Entwicklungspsychologie sind die Möglichkeiten empirischer Verifizierung nicht derart zwingend, daß ein **Beweis** im einen oder anderen Sinne zu erwarten wäre. So stehen sich auch dort zwei Meinungslager gegenüber, auf der einen Seite die Entwicklungspsychologen, auf der anderen Seite ein Teil der Kinderpsychiater. Diese Feststellung ist natürlich enttäuschend, hat aber andererseits auch etwas Beruhigendes: Man ist nicht der einzige, der nicht Bescheid weiß, und gewinnt in der Besinnung auf das eigene Fach ein merkliches Stück Souveränität zurück. Entschieden werden am Maßstab des Kindeswohls muß jedenfalls weiterhin. Ich meine, man sollte die Problematik wie folgt angehen:

Zunächst empfiehlt sich eine **Sondierung der streitigen Positionen**. Hierbei ergibt sich eine wesentliche Einengung des sachlichen Dissenses beider Parteien, der Rest ist Kampfesstaub. *Fthenakis* spricht nur vom Bindungsaspekt im Rahmen der Sorgerechtsverteilung bei Scheidung, *Lempps* Ansatz umfaßt grundsätzlich auch das Kindeswohl in anderen Problemsituationen, etwa §§ 1666 oder 1632 IV BGB – die thematische Überschneidung ist also nur partiell. *Lempp* stellt nicht den systemtheoretischen Ansatz von *Fthenakis* als solchen in Frage<sup>38</sup>, *Fthenakis* nicht die grundsätzliche Bedeutung psychosozialer Bindung, sondern nur das konkrete Bindungskonzept samt seiner Implikationen, mit dem die herrschende Praxis, gestützt neben *Lempp* vor allem auch auf *Goldstein/Freud/Solnit*, arbeitet. Selbst hiermit stimmte *Lempp* noch 1982 – in seinem Referat zum Pflegekinderproblem vor dem Deutschen Juristentag – weitgehend sachlich überein<sup>39</sup>, bevor er – wohl Streitbedingt – zum orthodoxen Verfechter der Bindungstheorie wurde.

Letzteres Konzept sieht – in groben Zügen gezeichnet – das Kind als unfertiges Wesen gebunden an eine Bezugsperson, eine erwachsene Elternfigur, deren Konstanz dem Kind die Sicherheit zur allmählichen Reifung und Ablösung verleiht. Es können auch mehrere Bezugspersonen sein, dies gedeihlich aber nur, wenn sie in einem positiven Verhältnis zueinander, etwa im elterlichen Komplementärverhältnis stehen. Zerbricht die Gemeinschaft der Eltern, gibt es nur noch Trümmer; das Beste, was für das Kind hieraus gemacht werden kann, ist die rechtliche und faktische Konstituierung einer neuen, dauerhaften Zweierbeziehung zu demjenigen Elternteil, zu dem das Kind die stärkste Bindung hat. Der weitere Umgang des Kindes mit dem nichtsorgeberechtigten Elternteil ist für die neue Familie eher ein Störfaktor, der aus elternrechtlichen Gründen akzeptiert werden, bei aktuellen Problemen aber dem Kindesinteresse an klaren, stetigen Beziehungsverhältnissen weichen muß. Achtung der kindlichen Bindung ist nach dieser Sicht Achtung des **fundamentalen** Kindesbedürfnisses in Krisensituationen, damit letztlich Ausdruck der Achtung der Kindespersönlichkeit selbst.

*Fthenakis* sieht Bindung nicht als statisches Phänomen, nicht als Strukturelement der Kindespersönlichkeit. Bindung **hat** nicht ein Mensch, Bindung besteht als wechselseitige und sich wandelnde Beziehung **zwischen** Menschen, und zwar nicht isoliert – bilateral, sondern als Bestandteil eines komplexen Beziehungsgeflechtes<sup>40</sup>. Die Familie, aber auch die darüber hinausgehende soziale Umwelt des Kindes werden als **System** verstanden, bei dem Veränderungen an einer Stelle unweigerlich Auswirkungen an anderer Stelle zur Folge haben. Dieses Beziehungsnetz löst sich durch bloße Elterntrennung und Scheidung nicht auf, es erfährt nur einschneidende Veränderungen. Nicht retrospektive Suche nach einer Hauptbezugsperson ist dann sinnvolles Interventionsziel, sondern der Versuch, im Hinblick auf die zukünftige Entwicklung des Kindes möglichst viel von seinem bisherigen Beziehungsgeflecht zu erhalten, wenngleich unter äußerer Anpassung an die neuen Lebensumstände. Die Konsequenzen im einzelnen werden von *Fthenakis* angedeutet, sind aber noch nicht zur praktischen Handlungsanweisung ausgearbeitet. Offensichtlich liegt hier auch eine Hauptproblematik seiner Auffassung, zumal das dem Gesetz zugrunde liegende Modell justizieller Streitentscheidung wohl nur begrenzt geeignet ist, derartigen Gedanken Wirkungsmöglichkeiten zu eröffnen.

Der Effekt von *Fthenakis'* Lehre ist also zunächst ein negativer: Das etablierte Bindungsmodell wird desavouiert, eine vergleichbar handliche Entscheidungsalternative wird nicht aufgezeigt. Allerdings kann auch schon in der bloßen Aufdeckung von Irrwegen ein Gewinn für die Rechtsfindung liegen. Darüber hinaus zielt *Fthenakis'* Ansatz zu einem wesentlichen Teil auf die *lex ferenda*; die richterliche **Praxis** braucht sich mit dem Bindungsstreit nur insoweit zu befassen, als die Handhabung des geltenden Rechtes betroffen ist.

Um nun gegenüber wissenschaftlichen Aussagen eine eigene Position zu gewinnen, stehen dem Juristen zwei Vergewisserungsmöglichkeiten zur Verfügung: **Konsens** innerhalb des Herkunftsfachs und eigene Erkenntnisinstrumente, d. h. **objektives Recht** und **rational-analytische Denkweise**. Fachwissenschaftlicher Konsens, der eine Übernahme außerrechtlicher Kindeswohlinhalte legitimieren könnte, liegt aber gerade nicht vor, das Faktum grundlegenden Dissenses ist unübersehbar. Seine Bedeutung für die Rechtsfindung ist ebenso grundlegend: Konsens legitimiert, Dissens disqualifiziert – man kann nicht einfach als Recht verkünden, was innerhalb der zuständigen Fachwelt ernsthaft umstritten ist, es sei denn, man glaubte sich auf Grund eigener Erkenntnisquellen zur sachlichen Stellungnahme qualifiziert und legitimiert.

Für den in letzterer Hinsicht skeptischen Richter ist der aufgebrochene Dissens ein **Warnzeichen** beim weiteren Gebrauch des etablierten Bindungskonzepts bei der Sorgerechtsentscheidung im Scheidungsfall. Hat das Kind zu beiden Elternteilen eine tragfähige Beziehung, ist die weitere Suche nach der

„Hauptbezugsperson“ weder durch den unstreitigen Stand der Wissenschaft gestützt noch durch die bewußt flexibel gehaltene Fassung des § 1671 II BGB geboten. Des weiteren entfällt das Argument der „klaren Verhältnisse“ gegen die Fortführung gemeinsamer elterlicher Sorge sowie im Rahmen des Umgangsrechts.

Wer sich nicht auf diese methodisch-kühle Position zurückziehen, sondern eine eigene sachliche Meinung bilden will, wird u. a. folgendes zu bedenken haben:

(1) Das Bindungskonzept hat seine Ursprünge letztlich in der Deprivationsforschung, deren Thema der Verlust oder die Verhinderung einer tragfähigen Bindung überhaupt ist. Umsetzungen des Bindungskonzepts für den Rechtsbereich sind deshalb – wie insbesondere an den Werken von *Goldstein/Freud/Solnit* deutlich wird – primär für Konfliktsituationen entwickelt worden, in denen häufig Bindung gegen Nichtbindung steht: Die Herausnahme des Kindes aus der Familie nach § 1666 BGB oder die Trennung von den einzig vertrauten Pflegeeltern, § 1632 IV BGB. Die hierfür entwickelten Kriterien wurden für die Scheidungssituation schlicht fortgeschrieben, ein scheidungsspezifisches Problembewußtsein nicht entwickelt. Mit dem suggestiven Bild der „Elternrümpfer“ wird Deprivationsgefahr heraufbeschworen, der faktische Bestand und Fortbestand zwischenmenschlicher Beziehungen zwischen Kind und beiden Elternteilen gerät aus dem Blickfeld, ihm wird durch das Postulat ausschließlicher Zuordnung zur „Hauptbezugsperson“ sogar tendenziell entgegenarbeitet.

(2) Das entscheidungsleitende Gewicht des Bindungsaspekts muß sich zwangsläufig verflüchtigen, je mehr statt Bindung versus Nichtbindung positive Beziehungen zu beiden Sorgerechts-Prätendenten erkennbar sind. Nur noch ein **Vorsprung** an Bindungsstärke, der die Bindung zum anderen übersteigende Teil käme als Entscheidungskriterium in Betracht. Selbst wenn feststellbar wäre, daß die Elternbindungen z. B. im Verhältnis von 60 zu 40 zueinander stehen, wäre damit ein **fundamentaler** Gesichtspunkt nicht gewonnen. Nimmt man aber hinzu, daß die **Möglichkeit** einer relativen Quantifizierung von Bindungen auch von Vertretern des Bindungskonzepts, also auch von *Lempp*, verneint wird<sup>41</sup> und daß darüber hinaus die endlich angelaufene Scheidungsforschung erhebliche Beziehungs**veränderungen** in der Nachscheidungs-Phase festgestellt hat<sup>42</sup>, dann wird rationale Rechtsfindung das Kriterium stärkerer Bindung im Rahmen des § 1671 BGB zu den Akten legen müssen, soweit nicht deutliche Bindungsunterschiede quantitativer wie qualitativer Art gewissermaßen „mit dem bloßen Auge“ zu erkennen sind.

(3) **Innerhalb des Rechts** sind Strukturen erkennbar, die einem Konzept der „klaren Verhältnisse“, des Herausschälens einer Hauptbezugsperson unter grundsätzlicher Zurückstellung aller anderen Beziehungen entgegenstehen. Das Bundesverfassungsgericht hat mehrfach die auch nach Scheidung



fortbestehende, primäre Verantwortung **beider** Elternteile für das Kind betont – von „Elternrümmern“ per se kann rechtlich also nicht die Rede sein. Die Möglichkeit weiterer gemeinsamer Sorgerechtsausübung ist verfassungsrechtliches Gebot, obwohl sie im traditionellen Bindungskonzept keinen Platz hat. Auch die sogenannte „Wohlverhaltensklausel“ in § 1634 I 2 BGB zielt auf den Fortbestand positiver Beziehungen des Kindes zu beiden Eltern. § 1618 a BGB schließlich basiert auf der Vorstellung einer lebenslangen existenziellen Eltern-Kind-Beziehung.

(4) Die Sicht der Familie als komplexes Beziehungsgefüge, als „System“ ist kein wissenschaftliches Kunstgebilde, sondern auch Ergebnis unverbildeter Seinsanschauung, also des „gesunden Menschenverstandes“. Die Herausarbeitung durchaus eigenständiger, teilweise kollidierender Einzelinteressen im Familienverband war ein großer Fortschritt der Familienforschung und des Familienrechts in diesem Jahrhundert, die Zurückstellung der Gesamtsicht dabei wohl notwendige Erkenntnisbedingung. So wenig wie nun die systemische Sicht der Familie und ihrer Krisen deren Einzelelemente und -interessen wieder verschütten darf<sup>3</sup>, etwa im Sinne einer ganzheitlich-ideologischen Betrachtungsweise<sup>4</sup>, so darf man umgekehrt nicht bei der Halbwahrheit einer isolierenden, die Familie in dyadische Strukturen auflösenden Betrachtungsweise verharren<sup>5</sup>. Das Konzept „klarer Verhältnisse“, eines „clean break“ (England) mag aus chirurgischem Aspekt befriedigen. Es funktioniert aber schon nicht beim Ehegattenunterhalt nach Scheidung, und als Ausdruck von „Kindeswohl“ überzeugt es nur den, der „fehlerfreie“ Fortbewegung auf einem Bein für vorzugswürdig hält gegenüber etwas behindertem Gehen auf zwei Beinen.

Die Einbeziehung des Systemaspekts macht das Entscheiden am Maßstab des Kindeswohls nicht leichter. Wir haben als Juristen aber keinen Anspruch auf einfache Entscheidungskriterien. Wir sind der Sachgerechtigkeit verpflichtet, und wo die Realitäten komplex sind, muß entsprechend differenziert reagiert werden.

All diese Überlegungen reichen nicht hin, im Bindungsstreit aus eigener Kraft endgültige Positionen zu beziehen. Wichtig ist aber: Sowohl das methodisch legitime Zurückweichen angesichts wissenschaftlichen Dissenses wie auch der Versuch des Hineingehens in die Problematik mit eigenen Erkenntnismitteln führen zum gleichen Ergebnis: Reduzierung des Bindungsaspektes im Rahmen des § 1671 BGB auf deutliche Bindungsunterschiede, Verständnis des Bindungsverweises in § 1671 II BGB weniger im Sinne eines „Entweder-Oder“ als vielmehr im Sinne eines Optimierungsgebotes.

## VI. Gesetzgeberische Gestaltungsaufgabe

Daran schließen sich zwangslos einige abschließende Bemerkungen zur Funktion des Kindeswohls als rechtspolitische Gestaltungsaufgabe für den

Gesetzgeber an. Er ist an den verfassungsrechtlichen Primat der Familie gebunden; er muß auch nach Trennung und Scheidung fortbestehende gemeinsame Erziehungskompetenzen der Eltern achten, wie das Bundesverfassungsgericht entschieden hat<sup>46</sup>. Es fragt sich jedoch, ob der Gesetzgeber damit, mit der Bereitstellung gerichtlicher Kontrolle gemeinsamer Elternvorschläge und gerichtlicher Entscheidungskompetenz für Streitfälle genug getan hat.

Im Bereich des § 1666 BGB ist nunmehr auch einfachgesetzlich anerkannt, daß intervenierende Hilfe für und durch die Familie vorrangig zu sein hat vor einer Verdrängung der Eltern<sup>47</sup>. Das entspricht einer realistischen Einschätzung staatlicher und familiärer Kompetenzen zur Konfliktbewältigung<sup>48</sup>. Gegenüber der Scheidungsfamilie bleibt der Staat hingegen passiv: Schaffen die Eltern aus eigener Kraft keine Bewältigung des Sorgerechtsproblems, wird justiziell entschieden. Die begrenzte Eignung dieses Ansatzes zur Befriedung des familiären Konflikts sowie die hervorragende Bedeutung einer solchen Befriedung für das Wohl des Kindes sind längst anerkannt<sup>49</sup>. Befriedungswirkung ist generell – wie *Diederichsen* feststellt<sup>50</sup> – Kennzeichen „richtigen Familienrechts“. Wenn sich nun über dieses rechtsimmanente Postulat hinaus die wissenschaftliche Erkenntnis durchsetzen sollte, daß die Familie als Beziehungssystem für das Kind nach Trennung und Scheidung der Eltern fortbesteht, wenngleich der Anpassung und Stabilisierung bedürftig, dann wird der Gesetzgeber aus seiner Verantwortung für das Kindeswohl heraus nicht mehr umhin können, den gesamten Interventionsansatz zu verändern. Vor die für einen Bodensatz der Fälle unvermeidliche justizielle Streitentscheidung müßte positive Hilfe für die Scheidungseltern geschaltet sein, bestehend aus Information über Situation und Bedürfnisse ihrer Kinder sowie Vermittlung und Unterstützung bei der Suche und Durchführung von Kooperationsmodellen<sup>51</sup>. Dahinter steht nicht die Tendenz zu staatlich erzwungener Erwachsenentherapie, sondern die Vermutung, daß bei der Mehrzahl der Scheidungseltern Haß und Streit nur an der Oberfläche vorherrschen, verdeckend Angst, Hilflosigkeit und Uninformiertheit vor allem bezüglich der betroffenen Kinder. Daß diese Vermutung realistisch ist, zeigt die Effektivität eines solchen Hilffsystems immer dort, wo es zumindest in Ansätzen etabliert wurde<sup>52</sup>. Es muß – im Rahmen einer umfassenden Kosten-Nutzen-Analyse – nicht einmal teurer sein als das bisherige Verfahren.

Gestatten Sie mir einen letzten Hinweis: Soziologen sehen die vorfindbaren familiären Lebensformen als „soziale Erfindungen“ zur Gestaltung anthropologisch gestellter Aufgaben, als „erfahrungsgeleitete Gestaltung konkreter Lebensverhältnisse“<sup>53</sup>. Für das Weiterleben der Beteiligten nach der Scheidung fehlt es für unsere Gesellschaft noch an konsolidierter Erfahrung<sup>54</sup>, statt dessen ist ein allgemeines Ringen um Erfahrungsgewinn zu beobachten, bei den Betroffenen, den Juristen und Fachwissenschaftlern. Das

Recht sollte diesen Prozeß nicht mit veralteten und unreflektierten Regelungsmustern behindern. Vielleicht läßt sich später auf den gesellschaftlich gewonnenen Erfahrungen neues, gutes Familienrecht aufbauen.

- 1 Dies im Sinne eines pauschalen Unwerturteils, nicht des Sprachgebrauchs *Gernhubers*, vgl. z. B. Familienrecht, 3. Aufl. 1980, S. 7 und passim
- 2 Z. B. Schule, Ausländerbehörde. Zur Bindung der Eltern vgl. *Massfeller/Böhmer/Coester*, Das gesamte Familienrecht, Bd. 1, § 1627 BGB Rz. 2, 3
- 3 Insoweit auch bezeichnet als „Richtlinie“, „Leitlinie“, „Richtpunkt“, „Leitmotiv“, „Polarstern“, „Handlungsmaxime“
- 4 Vgl. *Giesen*, FamRZ 1977, 600: „Überragende Wertentscheidung des Grundgesetzes“
- 5 *Fthenakis*, Kindeswohl – gesetzlicher Anspruch und Wirklichkeit, in: Brühler Schriften zum Familienrecht, Bd. 3 (1984), S. 33 ff., 42, 54
- 6 A. a. O., S. 41
- 7 Vgl. *Coester*, Das Kindeswohl als Rechtsbegriff (1983), S. 383 f., 477 f.
- 8 Zum Richter: *Puls*, Das Recht zur Neuregelung der elterlichen Sorge in der Rechtsanwendung, in: Remschmidt (Hrsg.), Kinderpsychiatrie und Familienrecht (1984), S. 18 ff., 20 f.; zum Kind und Kindesanwalt vgl. die Befragung von Kindesanwälten in Connecticut/USA, 87 Yale Law Journal, 1160 ff. (1978); *Goldstein/Freud/Solnit*, Diesseits des Kindeswohls (1982), S. 102 ff.
- 9 Vgl. *Goldstein/Freud/Solnit*, a. a. O., S. 18 ff.
- 10 Im einzelnen *Coester*, (Fn. 7), S. 137–143, 286–298
- 11 Urteil vom 3. 11. 1982, NJW 1983, 101 = FamRZ 1982, 1179
- 12 Vgl. *Staudinger/Schworer*, BGB (10./11. Aufl. 1966), § 1634 Rz. 86 ff.
- 13 Jenseits des Kindeswohls (1974)
- 14 NJW 1972, 315 ff., 317 f.; ZBJR 1974, 124 ff., 131 f.; ZBJR 1981, 283 ff.; Die Ehescheidung und das Kind (1976), S. 15, 47 ff.
- 15 OLG Karlsruhe, FamRZ 1978, 201, 202
- 16 FamG Schwarzenbek, Beschluß vom 19. 2. 1985, im Gefolge von OLG Schleswig, Beschluß vom 12. 12. 1983, NJW 1985, 1786 (derselbe Fall)
- 17 Vor allem *Wallerstein/Kelly*, Surviving the Breakup (1980); vgl. weitere Nachweise bei *Fthenakis*, Väter Bd. 2 (1985), S. 55 ff.
- 18 *Lempp*, ZfKinder-JugPsych. 13 (1985) 43 ff., 54; ausführlich *Fthenakis*, a. a. O., S. 78 ff.
- 19 Vgl. OLG Hamm vom 9. 3. 1981 (Az. 4 WF 440/80); OLG Stuttgart NJW 1980, 1229 f.; OLG Hamm 9. 3. 1981, FamRZ 1982, 706 f. (Freund der Mutter verweigert Begutachtung für seine Person)
- 20 Vgl. *Coester*, (Fn. 7), S. 253 f.
- 21 BGHZ 10, 350, 359; *Gaul*, AcP 168 (1968) 27 ff., 37 f.; *Habscheid*, ZZZ 86 (1973) 20 ff., 24; vgl. auch BVerfGE 46, 325, 334
- 21a Deutlich OLG Frankfurt, IPRax 1983, 294, 295 für die Frage der internationalen Zuständigkeit: Sie entfällt („forum non conveniens“), wenn wegen Auslandsaufenthalts des Kindes sachgerechte Ermittlungen nicht durchführbar sind (dazu auch P. *Schlosser* ebd. S. 285–287)
- 22 BGH FamRZ 1975, 273, 276; NJW 1983, 2775, 2776 ff.; BayObLG FamRZ 1974, 534, 536; 1985, 737 ff.; vgl. *Palandt/Diederichsen*, BGB (44. Aufl. 1985), § 1632 Anm. 2b ff. Das gilt – modifiziert – auch für die Anerkennung und Durchsetzung ausländischer Sorgerechtsentscheidungen: Zum Kindeswohl als Bestandteil des deutschen ordre public BGHZ 50, 375 f.; BGH FamRZ 1979, 577, 580; OLG Düsseldorf FamRZ 1982, 534 ff.
- 23 Zu letzterem BGHZ 40, 54, 57, BayObLG FamRZ 1975, 223, 226; FamRZ 1964, 523, 524; OLG Braunschweig FamRZ 1970, 417, 418; OLG Hamm FamRZ 1968, 533

- 24 Coester, (Fn. 7), S. 182 m. w. N., 400 f.; vgl. Puls, (Fn. 8), S. 23 f. (zu entsprechenden Äußerungen in Sachverständigengutachten); Beispiel für eine überflüssige Moralpredigt des Gerichts OLG Bamberg FamRZ 1980, 620, 622
- 25 Nachweise bei Coester, (Fn. 7), S. 1 f.
- 26 Zur Zulässigkeit von Generalklauseln unter dem Blickwinkel des Art. 20 III GG vgl. BVerfG vom 10. 11. 1981, EuGRZ 1982, 193, 195
- 27 Wieacker, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 (1956); Sonnenberger, Verkehrssitten im Schuldvertrag (1969); allgemein-rechtstheoretisch Teubner, Standards und Direktiven in Generalklauseln (1971); ders., Generalklauseln als sozio-normative Modelle, in: Generalklauseln als Gegenstand der Sozialwissenschaften (1978) S. 13 ff.
- 28 Nachweise bei Coester, (Fn. 7), S. 165
- 29 Staff, RuG 1971, 26 f.; Schwerdtner, AcP 173 (1973) 249; Arndt/Schweitzer, ZBIJR 1974, 210; Faessler/Fijn van Draat, in: Familienrechtsreform – Chance einer besseren Wirklichkeit? (Hrsg. Kühn/Tourneau, 1978) S. 143 ff., 150; Kühn, in: Selbstbestimmungsrecht des Jugendlichen (Hrsg. Kühn u. a., 1978) S. 329 ff., 407; wohl auch Lempp/Röcker, ZfKJug-JugPsych. 1 (1973) 25 ff., 27
- 30 Nachweise zum Ganzen bei Coester, (Fn. 7), S. 169 f.
- 31 Vgl. Coester, (Fn. 7), 5. Kap., S. 175–319
- 32 Vgl. die stichprobenartigen Untersuchungen fachwissenschaftlichen Materials und die Herausarbeitung typischer Fehler bei Coester (Fn. 7) S. 421–437, 453–465
- 33 Hartweg/Rebe, in: Familienrechtsreform (Fn. 29), S. 17 ff., 34
- 34 Vgl. Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung (1972), S. 19, 152, 162 ff.
- 35 Vgl. Engisch, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit (1953), S. 128 ff., 141 ff.
- 36 Die Bindungen des Kindes und ihre Bedeutung für das Wohl des Kindes gem. § 1671 BGB, FamRZ 1984, 741 ff.; Das neue Familienrecht aus kinder- und jugendpsychiatrischer Sicht, ZfJ 1984, 169 ff.; Kann die Familie weiterhin das Recht des Kindes gewährleisten?, ZfKJug-JugPsych. 13 (1985), 43 ff.
- 37 Neue Erkenntnisse der Familienforschung und das Wohl des Kindes, in: Der Anwalt des Kindes, Evang. Akademie Bad Boll, Protokolldienst 14/1983, S. 73 ff.; Kindeswohl – gesetzlicher Anspruch und Wirklichkeit, in: Brühler Schriften zum Familienrecht, Bd. 3 (1984) S. 33 ff.; Der Vater als sorge- und umgangsberechtigter Elternteil, in: Remschmidt (Hrsg.), Kinderpsychiatrie und Familienrecht (1984) S. 55 ff.; Väter, Bd. 1 (1985) S. 210 ff., Bd. 2 (1985) S. 55 ff.; Zum Stellenwert der Bindungen des Kindes als sorgerechtsrelevantes Kriterium gem. § 1671 BGB, FamRZ 1985, 662 ff.; Einige Implikationen eines Wechsels im Scheidungsparadigma (Rede vor der Akademie Tutzing vom 31. 5. 1985, unveröffentlicht); Wandel im Verständnis der Ehescheidung? – Zur Entwicklung familiärer Beziehungen nach der Scheidung – (Vortrag ebd., unveröffentlicht)
- 38 Vgl. ZfJ 1984, 169 ff., 174
- 39 54. DJT, Sitzungsbericht I, S. 43 ff.
- 40 Vgl. auch Ell, ZBIJR 1982, 76 ff.; S. Simitis, in: Goldstein/Freud/Solnit (Fn. 8) S. 169 ff., 179 f., 194; ders., in: 2. DFGT (1979) S. 164 ff., 167; ders., in: 54. DJT (1982), Sitzungsbericht I, S. 7; die Referate von Wirsching und Troje, in: Modelle alternativer Konfliktregelungen in der Familienkrise, Deutsches Familienrechtsforum (Hrsg.) 1982, S. 21 ff., 34 ff., 50 ff.; aus soziologischer Sicht Lüscher, Die Familie der 80er Jahre als Herausforderung an die Sozialwissenschaften, in: Sozialpädagogik in der Schweiz (Hrsg. P. Casseé), 1984, S. 341 ff., 354 f.; ders., Moderne familiäre Lebensformen als Herausforderung der Soziologie (1984, unveröffentlicht); ders. u. a., Sozialer Wandel und familiäre Veränderungen (1984, unveröffentlicht)

- 41 *Lempp*, FamRZ 1984, 742 (allerdings widersprüchlich); vgl. schon ders., in: The Child and the Law, Proceedings ISFL 1976, Bd. 1, S. 213 ff., 214; *Ell*, Trennung – Scheidung – und die Kinder? (1979) S. 86 ff.; ders. ZBlJR 1982, 76 ff.; vgl. OLG Frankfurt, DAVorm 1979, 130, 132
- 42 Ausführlich *Fthenakis*, Wandel im Verständnis der Ehescheidung? (Fn. 37) S. 26 ff.
- 43 Und auch nicht soll, wie jedoch *Lempp* *Fthenakis* polemisch unterstellt, ZfJ 1984, 169 ff., 173 f.; FamRZ 1984, 741 ff., 743 f.
- 44 Vgl. *Engisch*, (Fn. 35)
- 45 *Lempp* meint, Bindungskonzept und Systemtheorie stünden in keinem Widerspruch zueinander, ZfJ 1984, 169 ff., 174. Der Stellenwert des Systemaspekts in seinem Konzept ist dort jedoch nicht erkennbar und wird auch nicht aufgezeigt
- 46 oben Fn. 11
- 47 Vgl. nur *Simitis*, in: Goldstein/Freud/Solnit, (Fn. 40), S. 169 ff.
- 48 Vgl. *Zenz*, Kindesmißhandlung und Kindesrechte (1981), S. 265 ff.
- 49 Vgl. *Coester*, (Fn. 7), S. 319 ff.; *Puls*, (Fn. 8), S. 19 ff.
- 50 In: FS Larenz 1983, 127 ff., 138
- 51 Vgl. *Coester*, (Fn. 7), S. 319–322
- 52 Vgl. *Coester*, (Fn. 7), S. 195 ff., 298 ff.
- 53 *Lüscher*, Moderne familiäre Lebensformen, (Fn. 40), S. 4
- 54 *Lüscher*, Die Familien, (Fn. 40), S. 354